

Constituição dirigente e democracia. A constituição dirigente (ainda) como suporte normativo do desenvolvimento do projeto de modernidade periférica do Brasil

Carlos Alberto Simões de Tomaz*

Introdução

Vinte anos da Constituição! e o projeto constitucional brasileiro tenta avançar no caminho da construção de uma sociedade livre, justa e fraterna sobre os trilhos do Estado Democrático de Direito. Todavia, não se pode deixar de perceber que as promessas estabelecidas na Carta, que constituem, de uma maneira geral, fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, ainda não foram cumpridas. De fato, o déficit de políticas sociais ainda não realizadas é enorme. Se a realidade portuguesa permite divisar avanços em face do projeto da União Europeia em que se situa, e se em nome da supranacionalidade lá se propaga aos quatro cantos que *a Constituição Dirigente se encontra* morta, como, aliás, parece estar convencido o próprio Canto, aqui, contudo, a situação é diversa e uma análise mais aprofundada revela que o constitucionalismo dirigente ainda se avulta como projeto constitucional para o Brasil.

Com efeito, a consideração do Estado Democrático de Direito como um *locus* privilegiado na ordem global heterárquica cuja democratização passa pela democratização do Estado, faz com que a Constituição assuma papel importante quando ela se apresenta aquiescida pela função mediatizadora de *inclusão*. Deveras, a opção pela compatibilidade e fortalecimento do Estado Democrático de Direito com o pluralismo político-jurídico da sociedade global descortina, necessariamente, qualquer que seja a via teórica a ser palmilhada, a questão dos direitos humanos no contexto da incessante luta por justiça social ao amparo de mecanismos voltados para divisar meios assecuratórios da igualdade. Nesse espaço, alerta Böckenförde que *“si los derechos fundamentales se interpretaban como una garantía que delimitaba la libertad individual frente al*

*Estado, ahora, junto a esa función de defensa o incluso quizá de forma más acentuada, aparecen como instituciones objetivas o bien como una definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales por este.”*¹

Portanto, a igualdade de que se fala é a igualdade material, projetada não apenas a partir da fundamentabilidade dos direitos humanos (formal), mas a partir de efetiva responsabilidade do Estado e da sociedade visando à inclusão. Bolzan chama a atenção para estas duas vertentes de concretização dos direitos humanos. Segundo ele:

Em primeiro lugar deve-se pensar em uma vertente de concretização pelo Estado, ou seja, é de verificar-se o papel do ente público estatal para que se obtenha o máximo de efetividade, assim como o máximo de adequação ou o resultado ótimo dos conteúdos que lhe são próprios (...) De outra banda seria preciso pensar a questão da concretização dos direitos humanos a partir de uma perspectiva social (concretização pela sociedade) (...) poder-se-ia supor uma processo de autonomização social — o que não significa adoção de uma matriz (neo)liberal/capitalista — que conduziria a uma apropriação coletiva das incumbências necessárias à efetivação de tais conteúdos. Tal efetivação dar-se-ia, então, a partir de um comprometimento coletivo pelo bem-estar comum, desde a assunção de tarefas sociais no próprio âmbito da sociedade e pelos atores sociais os mais diversos, independizando-se de amarras, muitas vezes, intransponíveis, próprias às características estruturais do Estado Contemporâneo, como Estado do Bem-Estar Social em suas diversas experimentações práticas.²

Na concretização dos conteúdos é preciso se ter presente que a questão desborda dos limites da posi-

* Juiz Federal e professor em Belo Horizonte. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UNICEUB/DF e doutorando em Direito pela UNISINOS/RS.

¹ BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 32.

² BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 73-78, passim.

tividade. Se de um lado essa atuação descortina uma fundamentabilidade formal ou narrativa dos direitos humanos que está, nalgumas hipóteses a exigir vinculação do legislador para sua densificação, por outro lado, o exame dessa questão não pode desconsiderar a metanarratividade desses conteúdos que apontam para um processo integralizador a partir das chamadas *cláusulas constitucionais abertas* a exemplo do § 2º do art. 5º da Constituição brasileira que introjeta conteúdos a partir de sua principiologia, bem como de normas de direito internacional, e ainda a *aplicabilidade direta* desses conteúdos, cuja serventia “embora não suficiente, no âmbito das *liberdades negativas*, mas é desde logo insuficiente já na seara dos direitos sociais, econômicos e culturais — ditas *liberdades positivas*” onde a atuação estatal, para além da atuação do legislador, exige “que se agregue uma atuação promotora dos mesmos, a qual se funda em geral na *ação executiva* do Estado (...). Este caráter prestacional se vincula inexoravelmente à implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais através da ação política — políticas públicas-estatal.”³, mas que se desdobra, também e igualmente em mecanismos voltados para a garantia desses direitos por meios emancipatórios previstos ou que decorram do próprio sistema constitucional como é o caso das ações afirmativas em defesa do princípio da igualdade que “é guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) (...) E sua transformação essencial oferece-se à mostra, clara e indubitavelmente, no art. 3º, I, III e IV...”⁴

Nesse contexto, o comprometimento com a efetivação do potencial emancipatório da Constituição de 1988 descortinou, entre nós, aquilo que se conveniou chamar *constitucionalismo brasileiro da efetividade*⁵ que se desenvolve sob três constatações: 1) a

garantia das liberdades individuais a partir, inclusive, da abertura do Texto e sob o influxo do *direito diretamente aplicável*; 2) a luta contra o discurso neoliberalista em defesa dos direitos sociais amplamente fundamentabilizados na Carta; e 3) a proposta constitucional dirigente marcada por um projeto de futuro.

É a partir daí, que, nas linhas seguintes, queremos submeter algumas reflexões sobre o projeto constitucional brasileiro, inserido no contexto dos países periféricos, e julgadas oportunas nesse momento em que a Constituição de 1988 completa vinte anos de existência.

Repensando a igualdade sob o influxo da fundamentabilidade dos direitos humanos no fio condutor da constituição dirigente

A fundamentabilidade de direitos e responsabilidades coloca em relevo o papel da constituição, do *pacto social*, sendo por ora, ao menos neste ensaio, irrelevante investigar onde realmente se projetará com maior intensidade, se no espaço local, regional, nacional, supranacional ou mundial, o que deverá constituir a preocupação dos teóricos e, quem sabe, conduzir à efervescência de um neoconstitucionalismo. Considerando, todavia, os dias presentes, a irradiação dessa fundamentabilidade se deslança a partir da constituição do Estado Nacional, que na esteira das colocações aqui alçadas avulta-se o lugar apropriado para projetar a redução do *défict social e democrático*, pois o *constitucionalismo planetário*, lembra Bolzan, ainda é uma incógnita, conquanto coloque superlativamente a questão democrática.⁶

O respeito aos direitos e a eficácia de suas garantias somente podem existir numa estrutura política onde se apresenta inquestionável a autonomia do Poder Judiciário. Vale dizer que repousa na independência dos tribunais a garantia de realização da vontade popular plasmada na ordem jurídica estabelecida, bem como a eficácia de todo o elenco dos direitos fundamentais e suas garantias, que não devem se expor ao desrespeito do arbítrio político, posto que a todo ato atentatório, nesse sentido, estarão sempre colocados à

³ Idem, p. 74.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, n. 131. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1996, p. 289.

⁵ A expressão é apresentada por SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Teoria Constitucional, Democracia e Igualdade”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2003, p. 13.

⁶ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 90.

disposição dos governados todos os mecanismos assecuratórios dos direitos.

Nesse desdobramento, é correto afirmar que no paradigma democrático, a eficácia dos direitos fundamentais se volta para satisfação da igualdade material, que implica na liberdade real, mercê da vivência não apenas da liberdade, da igualdade, mas de igual forma, da fraternidade como direito de terceira geração de difícil implementação, conquanto alardeado desde a Revolução Francesa. Sob o manto da solidariedade, esse novo paradigma aponta para o direito ao desenvolvimento, à paz e à própria democracia, que, em conjunto, se dirigem para a satisfação de um básico direito fundamental: a felicidade, como, aliás, aponta Bobbio⁷.

Para a vivência dos direitos humanos sob tal contextura, teremos que considerar não apenas a fundamentabilidade formal, basicamente relacionada à positivação dos direitos, como igualmente uma fundamentabilidade material que partindo daquela projeta-se metapositivamente ao escopo de ampliar a concepção, elenco e vivência dos direitos humanos.

Num primeiro plano, portanto, a fundamentabilidade está associada à idéia de constitucionalização dos direitos. Com efeito, voltemos ao comando vazando no art. 16 na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ali está escrito que “Toda sociedade em que a garantia dos Direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” A idéia, desde o influxo do liberalismo até os nossos dias, ainda é a mesma: se os direitos estiverem solenemente reconhecidos serão observados, o que não se mostra inteiramente verdadeiro, tal como adiante se verá quando enfrentarmos a fundamentabilidade material, e a análise se voltar para a eficácia dos direitos fundamentais. Por ora, no entanto, o exame da questão ficará reduzido a enfrentar a constitucionalização dos direitos humanos.

Pode-se perceber, com efeito, que desde 1789 a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão precisava o alcance das matérias que uma constituição deve comportar. Ao lado das normas que criam, organizam, estruturam e estabelecem a competência dos órgãos que vão exercer o poder, têm-se as normas garantidoras de direitos. Convém verificar que

até mesmo em face da redação do art. 16 daquela Declaração, os direitos humanos estariam sendo garantidos pela constituição, o que leva à correta idéia de que eles precedem, porque inerentes e essenciais à natureza humana, de modo que uma constituição jamais poderia estabelecer tais direitos, senão apenas reconhecer, garantir, assegurá-los⁸.

De qualquer sorte, de uma forma ou de outra, isto é, seja garantindo ou mesmo estabelecendo, o fato é que as constituições apresentam um elenco de direitos que estariam assegurados ao indivíduo isoladamente considerado e ao indivíduo considerado em relação aos outros (direitos sociais), além de estabelecerem direitos voltados para assegurar uma vida fraterna e feliz como o direito à paz, ao desenvolvimento, às relações de consumo sadias, ao meio ambiente equilibrado e à própria democracia. Considerados, nessa conformidade, matéria de constituição, decorre, desde aí, a primeira dimensão da fundamentabilidade formal dos direitos humanos porquanto as normas que deles tratam, na condição de normas fundamentais do sistema jurídico, situam-se em grau superior na hierarquia das normas⁹. Como corolário, tem-se que as normas definidoras de direitos fundamentais encontram-se submetidas ao procedimento formal estabelecido para a reforma e constituem limitação material para o exercício desse poder.

Com relação a essa dimensão da fundamentabilidade dos direitos humanos, quer se dizer que seu elenco estabelecido pela Carta não comporta redução. E a alteração do quadro normativo para ampliar submetesse aos requisitos formais para reforma constitucional. Essa linha de raciocínio vem recebendo forte oposição em defesa de modificações constitucionais restritivas

⁸ “Houve, certamente, extravagâncias relativamente à inserção de certas disposições em documentos constitucionais formais, como a do art. 1º da Lei francesa 18 floreal, ano II, que dispunha: *‘le peuple français reconnaît l’existence de l’Être suprême et l’immortalité de l’âme’*; tal regra não poderia ter mais eficácia que de mera crença não impositiva ao povo. Mesmo assim há que reconhecer nela efeitos jurídicos: vedação ao ateísmo e materialismo manifesto; vedação à liberdade de crença.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 71-72 (nota de rodapé). Veja-se a pretensão do Estado. Realmente apenas a manifestação de ateísmo ou de materialismo é que poderia ser inibida pela norma, porém jamais teria a indigitada norma o condão de fazer qualquer cidadão francês acreditar na existência de um ente supremo e imortalidade da alma.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 503.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 11.

de direito. Tem-se defendido, com efeito, até mesmo que não se pode admitir a invocação de direito adquirido em face da constituição. E assiste-se no cenário político brasileiro e internacional à luta dos cidadãos em defesa dos direitos ao longo do tempo conquistados, insistindo na vedação de retrocesso, ao passo que governos, sequiosos de resultados e eficiência, de outro lado, irrompem uma política de redução sem precedentes dos direitos historicamente incorporados ao patrimônio social se dizendo fundados no princípio da solidariedade social e na cláusula da reserva do possível inerente ao pacto político. Esse problema já havia sido divisado por Jellinek e é reafirmado por Alexy:

Los derechos fundamentales no tienen frente al legislador ninguna fuerza vinculante, es decir, el legislador posee competencia para restringirlos según lo desee, aunque en determinada forma. La libertad iusfundamental se convierte en una teoría tal, como lo formulara Georg Jellinek, en "libertad de coacciones ilegales, la importancia material de los derechos fundamentales es nula".¹⁰

Na verdade, a fundamentabilidade formal das normas consagradoras de direitos humanos aponta para a circunstância de que tais normas estabelecem vinculabilidade imediata aos órgãos que vão exercer o poder público, constituindo substrato material e parâmetros a serem observados pelos agentes do Estado no momento da opção política, da tomada de decisão e nas ações e controles a cargo dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais. É dizer, na ação dos agentes estatais devem estar preservados os direitos consagrados. Não é por outra razão que as normas definidoras de direitos gozam de aplicabilidade imediata, impondo-se, desde aí, a sua integral observância e expungindo comportamentos ainda que omissivos ou negligentes da parte dos agentes do Estado. A Constituição da República Portuguesa, com extremado acerto, foi mais além para estabelecer esta vinculação também em relação às entidades privadas. Com efeito, dispõe o art. 18, § 1º, que "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas." Já a Carta brasileira, na esteira de sua congênere, proclama que "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º), sem fazer distinção alguma em relação à vinculabilidade de

agentes ao preceito, deve-se entender que aí se subsumem não apenas os agentes de poder, mas igualmente a atividade privada. Não há dúvida que seu comando emergente atinge tanto os agentes públicos quanto as entidades privadas. A Constituição da República Federal da Alemanha estabelece igualmente que "Os direitos fundamentais a seguir discriminados vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como preceitos directamente aplicáveis" (artigo 1º, § 3º). E normas sempre neste sentido podem ser observadas em tantas outras constituições. Não poderia ser de outra forma.

Com isso, pretende-se que a constituição se imponha de tal sorte que os preceitos definidores de direitos fundamentais não possam ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política, lembra Canotilho¹¹, para quem o problema do *direito directamente aplicável* está no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras de *interpositio legislativa*.¹²

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996, p. 13.

¹² É o que acontece, registra Canotilho, "com a acritica transparência do princípio a aplicabilidade imediata consagrado no art. 5º, (...) § 1º, da Constituição Brasileira a todos os direitos e garantias fundamentais de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II no caso de existência de omissões inconstitucionais." (CANOTILHO, 1996, p. 13). O pensamento do mestre lusitano cliva-se já a partir da reformulação da concepção de constituição dirigente — que mais adiante exploraremos — que realoca o constitucionalismo dirigente no plano da sociedade global introduzindo profundas modificações na concepção inicial. E por isso que — e agora voltando à questão ora analisada — prossegue afirmando que "A incompreensão teórico-dogmática da aplicabilidade directa de normas constitucionais e, sobretudo, da *normatividade* da constituição leva também muitos autores a contestar a bondade jurídico-constitucional da consagração de institutos como os da inconstitucionalidade por omissões ou do mando de injunção (...) Os constituintes moderados aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática. Isto só demonstra, porém, duas coisas. Em primeiro lugar, revela que é preciso parcimónia normativa quanto a positivação constitucional de imposições. Em segundo lugar, torna-se necessário assegurar a *externalização* das acções constitucionais tendentes a assegurar o cumprimento da Constituição (...) o instituto da inconstitucionalidade por omissão deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida." (CANOTILHO, 1996, p. 13- 14). Vislumbrar o constitucionalismo dirigente como um projeto para resgate das promessas não cumpridas nos países

¹⁰ Idem, p. 504.

Atento a este aspecto, Barroso, voltando atenção para o potencial emancipatório da Constituição brasileira, preocupa-se com a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, considerando a opinião doutrinária dominante de que tais normas são de natureza programática, voltadas para estabelecer fins, objetivos a serem alcançados pelo Estado, e que, por isso, são de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, não se encontrando aptas, de regra, para produzirem efeitos jurídicos sem o desdobramento a cargo da legislação infraconstitucional¹³, sustenta, num desdobramento enriquecido e ampliado do pensamento de José Afonso da Silva, que tais normas irradiam efeito vinculante perante os agentes do Estado, impondo, no mínimo, uma abstenção diante da finalidade eleita, impedindo, assim, condutas tendentes a contrariá-las. A esse efeito das normas programáticas, decorrente, sem dúvida, da vinculabilidade de seu preceito à guisa de viabilizar a fundamentabilidade dos direitos humanos na dimensão da igualdade e da fraternidade, o referido autor denomina *eficácia negativa*, na medida que impõe abstenções e proíbe condutas positivas tendentes a arrostar a finalidade consagrada na norma. Por isso

da modernidade periférica implica aceitar-se a metanarratividade dos direitos humanos e a introjeção no sistema de instrumentos para garantir eficácia.

¹³ Para José Afonso da Silva, “podemos indicar *condições gerais de aplicabilidade* das normas constitucionais programáticas. Como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais de que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia mediante lei ordinária (...) lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados. Uma e outra, contudo, pode ser aplicada independentemente de lei, mas por meio de outras providências, como aquela que visa ao amparo da cultura pelo Estado. Sendo também dotadas, ao menos, de um mínimo de eficácia, regem, até onde possam (por si, ou em coordenação com outras normas constitucionais) situações, comportamentos e atividades na esfera de alcance do princípio ou esquema que contém, especialmente condicionando a atividade dos órgãos do poder público e criando situações jurídicas de vantagens ou de vínculo (...). Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos seguintes casos: I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)” (SILVA, op. cit. p. 146-147).

mesmo, essa eficácia negativa que a vinculabilidade irradia também tem sido reconhecida como *efeito paralisante de normas programáticas*. Trocando em miúdos, como sempre lembra Barroso, seria em nome da materialização do adágio popular “se não puder ajudar, que não prejudique” que se poderia divisar atos inconstitucionais diante de preceitos constitucionais programáticos¹⁴.

A circunstância de a constituição se encontrar, nessa contextura, vinculada a procedimentos formais e materiais tem grandes conseqüências para todo o sistema jurídico, na medida em que as normas de direitos humanos apontam para os conteúdos que se apresentam como *possíveis*, aqueles que são constitucionalmente *necessários* e aqueles que são *impossíveis* revelando o núcleo de sua fundamentabilidade formal, como aponta Alexy¹⁵.

¹⁴ Segundo Barroso, “As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente. Segundo proclama abalizada doutrina, delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Em verdade, as normas programáticas não se confundem, por sua estrutura e projeção no ordenamento, com as normas definidoras de direitos. Elas não prescrevem, detalhadamente, uma conduta exigível, vale dizer: não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo. Mas, indiretamente, como efeito, por assim dizer, *atípico* (...) elas invalidam determinados comportamentos que lhes sejam antagônicos. Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigi-la. Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (A) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; (B) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis. Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (A) opor-se juridicamente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (B) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.” (BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 117-118 e 157).

¹⁵ ALEXY, 1993, p. 505.

A importância do conteúdo das normas definidoras de direitos humanos na clivagem dessa conformação é desvelada por Canotilho:

Significa que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade. *Prima facie*, a fundamentabilidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentabilidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentabilização pode não estar associada à constituição escrita e à ideia de fundamentabilidade formal como demonstra a tradição inglesa das *Common-Low Libertaties*. Por outro lado, só a ideia de fundamentabilidade material pode fornecer suporte para : (1) abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente fundamentais mas não formalmente (cfr. CRP, art. 16º/1º); (2) a aplicação, a estes direitos só materialmente constitucionais, de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentabilidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Dai o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe <norma com *fattispecie* aberta> (Baldassarre) que, juntamente com uma *compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais*, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.¹⁶

Deveras, numa análise apressada poder-se-ia chegar à conclusão de que o cerne da fundamentabilidade material dos direitos humanos já estaria contido dentro da própria fundamentabilidade formal. A essa conclusão chegará o exegeta que admitir que toda norma materialmente constitucional é necessariamente formalmente constitucional, o que revela um equívoco. De efeito, toda norma insculpida numa constituição passou pelo crivo de um poder constituinte — seja democrático (assembleia constituinte), seja autocrático, quando a constituição foi elaborada a contadas mãos, senão pelas mãos exclusivas de um ditador — ainda que este poder constituinte seja o derivado e a norma adjuntada ao texto original o foi pelas mãos do poder de reforma legitimamente exercitado dentro dos limites traçados na própria constituição. Todavia, uma constituição não se resume ao documento escri-

to. Pode-se divisar, com efeito, normas constitucionais que não obstante não se encontrarem expressas no texto, integram a constituição de um Estado. A ideia, é bem de ver, não é nova. Ferdinand Lassalle, na segunda metade do século XIX, já apontava para a existência de uma constituição material, sociológica, que se identificava com os “fatores reais do poder” em oposição à constituição escrita identificada como uma folha de papel.¹⁷

Nessa compleição, concebe-se a existência de normas que não constam expressamente do texto de uma constituição, mas que revelariam conteúdo de constituição, o que conduziria a afirmação de que há normas materialmente constitucionais que não são formalmente constitucionais, partindo-se do pressuposto de que a constituição deve ser entendida como um sistema aberto de normas e princípios. E para entender a constituição dessa maneira é pressuposto que se considere o direito como um sistema ao mesmo tempo fechado e aberto. Quer-se dizer, em outras palavras, que não se reduza o direito apenas às normas expressas, no âmbito de uma racionalidade jurídica pós-positivista.

O objetivo de conceber-se a fundamentabilidade dos direitos humanos sob esse pano de fundo volta-se para imprimir eficácia às normas definidoras de direitos e, portanto, revelar a função mediatizadora da constituição em defesa de inclusão. Voltadas para esse aspecto, as constituições contemporâneas têm revelado essa preocupação na medida em que estabelecem objetivos, programas, finalidades a serem alcançadas pelo Estado. Nesse sentido tem-se divisando o caráter compromissário das constituições ao escopo de criar condições de igualdade, garantido, dessa forma, a liberdade real.

Tudo começou depois do segundo pós-guerra, quando o constitucionalismo começou a enxergar que as democracias conviviam com um aparato formal espetacular onde se asseguravam eleições periódicas, sufrágio universal, ampla liberdade de expressão, inclusive com liberdade de imprensa levada a extremos, multipartidarismo, sem que, contudo, pudesse-se dizer que a sociedade fosse verdadeiramente democrática. As deficiências do liberalismo democrático apontaram para uma guinada na Teoria da Constituição, que pas-

¹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 509-510.

¹⁷ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 19.

sou a se preocupar com ideais igualitários, sobretudo nos Estados de modernidade tardia, como o Brasil, onde se passou a divisar limites e possibilidades da constituição a partir de uma visão substancialista em defesa da democracia material. Ressombra, desde aí, a importância da igualdade material crivada pela justiça social sob o fio condutor da constituição dirigente, no afã de vincular não apenas o Legislador, mas também o Executivo e igualmente o Judiciário à realização do projeto constitucional.

Assim, a preocupação com a vivência dos direitos humanos fundamentais se projeta como pano de fundo da questão democrática sendo, portanto, ocupação de todas as vertentes teóricas sociológicas, jurídicas ou políticas que se debruçam sobre o tema. Essa preocupação, depois do segundo pós-guerra erigiu-se a partir da idéia de justiça social e vinculação da atividade estatal a programas, pautas, objetivos e finalidades a serem alcançados ao escopo de atingi-la em decorrência da experiência do *welfare state*. Foi a partir daí, que Peter Lerche¹⁸ no âmbito da experiência deflagrada com a Constituição Alemã de 1949 – A Carta de Bonn – perscrutava os limites de vinculação do legislador a preceitos constitucionais impositivos de deveres legislativos e, conseqüentemente, enfrentava a normatividade desses dispositivos daquela Lei Fundamental. Todavia, Lerche não possuía a atenção voltada para uma generalização teórica em face de comandos programáticos. Essa preocupação, na verdade, veio a ser explorada por Canotilho em sua tese doutoral intitulada *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Nesse trabalho, o que indaga Canotilho é “como pode (se é que pode) uma constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das *tarefas estaduais* e para a incorporação de *fins econômicos-sociais* positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica?”¹⁹ A resposta de Canotilho é (ou ao menos era) voltada para divisar uma racionalização da política por meio de uma legitimação material em nível constitucional na medida em que a constituição incorporasse fins a serem alcançados com as tarefas a esse fito. Nesse sentido “a definição a nível constitucional, de tarefas económicas e sociais do Estado, corresponde ao novo *paradigma*

da constituição dirigente”.²⁰ Adviria, daí, a normalização da atividade política com o estabelecimento de *imposições constitucionais* a serem observadas não apenas pelo legislador, mas pelos demais poderes no momento da atividade concretizadora, de tal sorte que o problema se coloca em nível de cumprimento da constituição que se viria, portanto, guindada à condição de *substrato jurídico para a mudança social*.²¹

Para alguns a *constituição dirigente se encontra “morta”*.²² Tudo tem partido da idéia de que a normatização na lei fundamental das tarefas e fins do Estado conduziria a uma estatização do mundo da vida transformando a constituição num instrumento tão auto-suficiente que ignorando outras formas emancipatórias²³ avultar-se-ia um instrumento poderoso que por si só resolveria todos os problemas²⁴.

Conquanto efetivamente Canotilho tenha introduzido sensíveis modificações em seu pensamento, não se pode dizer, todavia, que tenha decretado a morte da constituição dirigente. Na verdade, observe-se que nas palavras dele o fim do constitucionalismo dirigente encontrar-se-ia atrelado a duas circunstâncias: 1ª) entender-se o dirigismo constitucional como

²⁰ Idem, p. 169.

²¹ A concepção material de legitimidade daí decorrente considera que “Uma teoria da constituição não pode e não deve circunscrever-se a um <<processo>> tecnocraticamente apto a <<justificar>> o funcionamento sem falhas do sistema; como instrumento normativo, a constituição <<preocupa-se>> com a <<justeza>> das decisões, com a <<identidade material>> de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político.” (CANOTILHO, 1994, p. 108).

²² A expressão tem sido alardeada a partir de uma enunciação do próprio Canotilho: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais.” (CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001, prefácio)

²³ Registra o próprio Canotilho que “os olhares políticos, doutrinários e teóricos de vários quadrantes — desde o pensamento liberal da Constituição aberta, até ao sistemismo autopoietico, passado por algumas insinuações da chamada sociologia crítica — não se cansam de proclamar a falência dos “Códigos dirigentes” num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos.” (CANOTILHO, 1996, p. 8).

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

¹⁸ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994, p. 167.

normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias; e 2ª) o fechamento da constituição ao processo de abertura ensejado pelo direito internacional e pelos espaços supranacionais. É sob o influxo desses dois aspectos que ele compreende um constitucionalismo moralmente reflexivo como contraponto à constituição dirigente. E Canotilho reconhece que veio a perceber isso tarde e lentamente demais²⁵ dando a compreender que a história já se encontraria finda, quando, na verdade, nalgumas experiências estatais, como no Brasil, o projeto constitucional dirigente encontra-se apenas deslanchando. Não estamos, aqui, nos posicionando frontalmente contrários ao novo modelo de constitucionalismo proposto pelo mestre português, assentado em bases teóricas adequadas ao *locus* europeu onde viceja a experiência constitucional portuguesa. O que pretendemos demonstrar é que há experiências pontuais e históricas de Estado — refirimo-nos aos Estados periféricos, como no caso do Brasil — que precisam ser consideradas como modelo diferenciado a apropriar o constitucionalismo dirigente como forma emancipatória. E, para tanto, vamos recorrer a elementos da Teoria dos Sistemas, porque com base na policontextualidade dela decorrente, encontra-se erigido o constitucionalismo moralmente reflexivo divisado por Canotilho.

Sem olvidar o *alto grau de diferenciação* do sistema social erigido a partir da hipercomplexidade²⁶

²⁵ CANOTILHO, 1996, p. 9.

²⁶ Sob o prisma da pragmática sistêmica, sob o influxo do pensamento de Luhmann, a sociedade contemporânea se caracteriza pela sua complexidade. Deveras, o homem que hoje vive num mundo globalizado tem cada vez mais expectativas. Quanto mais globalizada a sociedade, mais são as expectativas a serem satisfeitas e, como se sabe, muitas delas vêm a ser frustradas, o que exige seletividade na eleição de quais expectativas devem ser atendidas no âmbito da contingência. Nessa contextura, afirma Luhmann que “o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações (...) Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” A ideia de complexidade, como se vê, não significa complicação. Significa que as várias possibilidades de experiências ampliam-se. Ampliam-se as alternativas.

da sociedade moderna radicada na auto-organização, estamos convencidos de que a perda da autonomia e unidade do direito ao deslocar o Estado de sua posição central com respeito à escolha de conteúdos e definição de procedimentos, tem ensejado uma maior (não qualitativamente) comunicação intersistêmica, na exata medida em que esse deslocamento exige que o sistema político, assim como o sistema econômico, entre outros, sejam considerados, tal qual o direito, subsistemas sociais diferenciados e, aí, as limitações são recíprocas não havendo espaço para um dirigismo constitucionalizante da sociedade através de um código unitarizante e conformador dos vários sistemas sociais (*licito/ilícito*).

Se o dirigismo constitucional limita — racionaliza/normatiza — a política e a economia ao eleger conteúdos e definir programas, não se pode olvidar a gama de comunicações intersistêmicas — um imenso

Basta pensar, por exemplo, nas possibilidades de profissão nas sociedades primitivas, sem dúvida, muito menos complexas que nas sociedades modernas. A seu turno, contingência é o que limitará as expectativas dentro daquilo que possam ser realizadas. Emerge, a partir daí, a necessidade de que certas experiências, “que possibilitam um bom resultado seletivo, (sejam) enfeixadas constituindo sistemas, estabilizando-se relativamente frente a desapontamentos.” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, pp. 45-46, passim). Isso ocorre através de um emaranhado de operações estruturadas a partir de comunicações que imprimem certa funcionalidade ou sentido ao sistema. Essa funcionalidade dos variados sistemas sociais é diferenciada através de um código binário que no sistema jurídico é *direito/não-direito* ou *licito/ilícito*; na economia: *ter/não-ter*; na política: *poder/não-poder* ou *governo/oposição*; na arte *belo/feio* e assim por diante. A ideia de sistema conduz à existência de partes uma em consonância com as outras formando um todo que se distingue da simples soma das partes. Significa dizer, portanto, que cada operação de um sistema, diferencia-se dos outros sistemas em razão do seu código binário de preferência, encontrando-se, por isso, apta a ensinar a produtividade recursiva do próprio sistema, assegurando a sua existência e o seu fechamento operacional. O sistema constitui, a partir daí, uma perspectiva de observação da sociedade. E num mundo que é o horizonte de todas as sociedades, vamos encontrar vários sistemas (biológicos, sociais, psíquicos, etc). Nessa linha, o direito se apresenta como sistema social funcionalmente diferenciado voltado para estabilizar expectativas sociais. Diferenciado pelo seu código binário (*licito/ilícito*), apto a imprimir-lhe identidade através de uma rede recursiva de operações onde se processam as relações dos elementos, das partes com o todo por meio de uma função, que igualmente o diferencia. Essa função é a estabilização de expectativas. Com efeito, se as possibilidades são múltiplas, a contingência orienta as expectativas dentro daquilo que possa ser realizado, emergindo, desde aí, a necessidade de seleção voltada para reduzir a complexidade, o que ocorre porque o sistema é um todo dotado de sentido, ou seja, de uma capacidade de selecionar dentro de um horizonte de possibilidades, permitindo, assim, que a comunicação se produza como sua unidade elementar.

incremento de recíproca irritabilidade, na linguagem de Luhmann²⁷ — que estão em causa na definição desses conteúdos. E aqui nos referimos não apenas à definição de primeiro grau, nitidamente institucionalizadora²⁸ por ocasião do exercício do poder constituinte, seja originário, seja derivado; mas a uma segunda definição por ocasião de ações concretizadoras (legislativas, executivas ou judiciais). Basta pensar, em relação à economia, quando a diferenciação impingida pelo seu código binário de preferência (*ter/não-ter*) e seus próprios programas impõem os conteúdos do neocapitalismo liberal reduzindo ou suprimindo o papel do Estado (as prestações estatais no âmbito social) em nome da globalização desenfreada... Deveras, a atuação do código hipertrófico (*ter/não-ter*) tem-se erigido em detrimento da autonomia e unidade tanto do direito quanto da política.

Os efeitos dessas irritações podem ser facilmente divisados no nível das ações (des)concretizadoras com os conhecidos casos de compra de voto de parlamentar ou de propinas judiciais para juizes e servidores da justiça, delegados, agentes do Ministério Público, etc, ou, ainda, em relação ao sistema político, com a desenfreada prática do fisiologismo. A atuação hipertrófica do sistema econômico conduz ao aparecimento

da função simbólica da constituição, onde a autonomia e unidade do direito restam expostas às ingerências da economia e também da política, afastando a saudável fatorização de interesses que deve nortear a comunicação intersistêmica, que na verdade se vê reduzida a uma aparência de comunicação que conduz à ideia de filtragem de um conteúdo democrático, de fundamentabilidade dos direitos humanos, quando, na verdade, a vivência é reduzidíssima ou nulificada tal qual desvelada por Marcelo Neves.²⁹

O mundo da vida já se acha, nessa contextura, colonizado pelos sistemas econômico e político e a *constitucionalização da responsabilidade* a partir de um perfil ético discursivo como sustentado, agora, por Canotilho³⁰, deve se colocar não especificamente no âmbito do dirigismo constitucional, mas em toda relação intersistêmica, ou dito com outras palavras, deve se utilizar da inclusão para mediatizar as ações concretizadoras que se deflagram envolvendo todos subsistemas sociais.³¹

²⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 541.

²⁸ Adverte Canotilho que “se a ideia de <<conformação racional>> da sociedade abriu caminho para o conceito de constituição como *modelo de conformação social racional*, nem por isso é legítimo falar em *constituição-plano* para traduzir a ideia da planificação constitucional como o instrumento mais relevante da racionalidade conformadora. O problema central da directividade da constituição reside não tanto na própria constitucionalização do instrumento do plano como na definição das existências *normativo-constituintes* destes. A configuração constitucional do plano limitada aos <<aspectos conceptionais>> impõe-se como uma primeira exigência normativa, a fim de não converter uma lei fundamental, que se pretende justamente como ordenação consciente da colectividade (HELLER), em *constituição-plano*, com os perigos inerentes da *planificabilidade* da própria constituição (...) assume-se o plano como forma de racionalidade e como forma de dar operatividade prática à dimensão de tarefa da constituição. Se estes dois momentos continuam a ser indiscutidos nas democracias socialistas, deparam nos países capitalistas, com manifesto cepticismo e oposição nos últimos tempos (...) Apesar disso, o plano continua a ser considerado como <<símbolo de um futuro melhor>>, como <<localização da utopia>> (...) a análise fenomenológica dos planos político-económico tem demonstrado que uma estreita *constitucionalidade do plano acaba na planificabilidade da constituição*. É, porém, diferente dizer-se que o plano deve estar <<constitucionalizado>> de afirmar-se que <<a constituição é o plano>>.” (CANOTILHO, 1996, p. 170).

²⁹ Consultar NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

³⁰ CANOTILHO, 1996, p. 15-16.

³¹ É sob esta perspectiva que concebemos a influência Lumanniana sobre Canotilho. Essa nossa abordagem pressupõe que se considere que na sua função sistêmica, o direito, ao estabilizar expectativas comportamentais reduzindo complexidades, é ao mesmo tempo um sistema fechado e aberto. Fechado operacionalmente porque, *tal qual os demais sistemas*, se produz autopoieticamente a partir de programas próprios e operações diferenciadas pelo código binário (*licito/ilícito*) — auto-referência. Aberto cognitivamente, porque não se encontra imune às irritações dos demais sistemas. Essa abertura cognitiva, por meio dos acoplamentos estruturais, ensaia a inter-referência sistêmica o que faria exsurgir o direito reflexivo. Se as operações intersistêmicas se processarem mediatizadas pelo código *inclusão/exclusão* sob o fio condutor dos direitos humanos fundamentais, pode-se cogitar de um direito reflexivo voltado para inclusão, como fez Canotilho quando concebe o constitucionalismo moralmente reflexivo voltado para a estabilização mediatizada a partir dos quatro contratos globais: *contrato para as “necessidades globais”* — remover as desigualdades — *o contrato cultural* — tolerância e diálogo de culturas — *contrato democrático* — democracia como governo global e *contrato do planeta terra* — desenvolvimento sustentado (CANOTILHO, 1996, p. 17). O problema, todavia, foi percebido com agudeza por Streck que se ampara em Bercovici para afirmar esse modelo de direito “para funcionar sem grandes traumas, a sociedade depende do acatamento pelos vários sistemas dos princípios da “responsabilidade social” e “consciência global”. Falar em responsabilidade social com a atuação hipertrófica do sistema econômico (*ter/não-ter*) sob o influxo do neocapitalismo liberal parece-nos realmente utópico! Daí pontua Streck, com absoluta precisão, que “critica-se a “utópica” pretensão do Estado e da Constituição de quererem regular a vida social mediante um programa de tarefas e objetivos a serem concretizados de acordo

O que estamos querendo fazer compreender é que a diferenciação sistêmica ao invés de se apresentar como instrumento emancipador em nome do *alto grau de deferenciação da estabilidade pluralisticamente organizada*³² que impulse uma subsidiariedade participativa, que em proveito da expansão ascendente do poder permite o desenvolvimento de modelos regulativos típicos, no dizer de Canotilho, *modelos de autodireção social*³³, pode, nas comunidades periféricas, tornar a constituição um instrumento simbólico se as ações concretizadoras dos agentes estatais ou não, não se voltarem para mediatizar adequadamente o binômio *inclusão x exclusão* a partir da condição de possibilidade emergente do texto nesse sentido dirigente. Essa função mediatizadora da constituição como condição de possibilidade é a feição periférica moderna do constitucionalismo dirigente que está longe de conformar autoritariamente a sociedade.

Quem seria e onde estaria, nessa contextura, Leviatã ou Morloch³⁴? Um Estado debilitado pela perda de unidade e autonomia do direito em face da hipertrofia da economia e da política? Ou será que não estaria escondido nos modelos nocivos de autodireção social internos ou imersos nas malhas da sociedade global heterárquica? E, aqui e acolá, agindo hegemonicamente, faz seu poder aparecer seja por meio de operações domésticas desconcretizantes ou através de operações transjuncionais? Ceder a constituição dirigente periférica ao espaço da transnacionalização e globalização ainda que sob o pálio das cláusulas contratuais globais divisadas por Canotilho³⁵, tornando-a

com as determinações constitucionais e, em seu lugar, propõe-se, não menos utopicamente, que os vários sistemas agirão coordenador pela idéia de “responsabilidade social.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 128, passim).

³²CANOTILHO, 1996, p. 9.

³³Idem, ibidem

³⁴A referência é tomada a partir de Canotilho quando afirma: “Falar em constituição dirigente é falar de tarefas do Estado, falar de tarefas do Estado equivale legitimar um Estado-Morlöch ou Leviathan.” (Idem, p. 11).

³⁵“A lei dirigente cede o lugar ao *contrato*, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e a globalização, mas o ânimo de mudanças aí está de novo nos “quatro contratos globais”. Referimo-nos ao *contrato para as ‘necessidades globais’* — remover as desigualdades — o *contrato cultural* — tolerância e diálogo de culturas — *contrato democrático* — democracia como governo global e *contrato do planeta terra* — desenvolvimento sustentado.” (CANOTILHO, 1996, p. 17).

“menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante (...) enriquecida pela *constitucionalização da responsabilidade*” terá o condão de impedir a atuação hegemônica do capital, sobretudo numa ordem não-democrática e em detrimento de um espaço nacional fragilizado onde o Estado Democrático de Direito ainda não se consolidou?

Transposta a questão, nesta linha de raciocínio, para a esfera internacional, parece-nos que a colonização do mundo da vida projeta-se, igualmente, erigida sobre os mesmos efeitos. Deveras, se no plano interno fala-se que a técnica jurídica “apóia-se em práticas afastadas da vida real”³⁶ conduzindo à violação do mundo da vida pela colonização do direito abominando-se, com isso, o dirigismo constituinte, no âmbito internacional, a técnica jurídica apropriada às operações transjuncionais têm afastado de suas malhas as camadas populacionais de países periféricos em razão do alto grau de conhecimento de questões técnicas afetas à economia globalizada que ainda se situam no âmbito dos Estados do centro e, propositadamente, nalguns — não poucos casos — não são disseminadas. As camadas mais pobres da população, que amargam os efeitos do processo de uma globalização hegemônica, não compreendem o que e como (ganham?) perdem com a mediação dos interesses a partir do código hipertrófico e a partir daí começam a eclodir postulações que antes se encontravam afetas apenas à órbita interna do Estado. Assistimos, já após Canotilho ajustar o constitucionalismo dirigente às exigências da supranacionalidade europeia, a acontecimentos que merecem ser levados em consideração. Estamos nos referindo ao veto do povo francês e holandês à Constituição da União e os rumos que tomou o processo de fragmentação da antiga Iugoslávia, que à parte de toda manietação das potências europeias e do Estado líder, parece revelar um apelo de povos, de nações, em defesa dos espaços locais, revelando a importância de um projeto que ainda não se encontra acabado: o Estado Nacional. A significação destes acontecimentos não estaria atrelada a um fortalecimento do Estado nacional, com a satisfação de políticas sociais ainda não cumpridas (daí porque Estados

³⁶LUHMANN, Niklas. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 54.

da modernidade tardia) e a necessidade divisada de, no ambiente de incertezas, serem estabelecidas outras espécies de diretivas que não as supranacionais acerca de determinados direitos ou assuntos?

Não é por outra contextualização que Streck, afastando-se da análise sistêmica, mas com sólidos aportes hermenêuticos, enfrenta em pormenorizada análise, a trajetória do pensamento de Canotilho para concluir pela viabilidade da proposta do constitucionalismo dirigente nos Estados da modernidade periférica.³⁷ Ele parte do pressuposto de que os Estados periféricos não conseguiram ultrapassar o projeto da modernidade, mais especificamente, não passaram pelo Estado de Bem-Estar-Social e se vêem projetados na sociedade global com esse *déficit* de tal sorte que se avulta pertinente a permanência de uma *capacidade compromissária-dirigente* do texto constitucional apta a revelar uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia* ou uma *Teoria da Constituição dirigente-compromissária adequada a países periféricos*, que “deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das *promessas da modernidade incumpridas*”, que constituiriam os substratos constitucionais específicos da Teoria, que se encontraria alicerçada no núcleo básico que alberga “as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático e (Social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, no *binômio democracia e direitos humanos-fundamentais*.”³⁸

Para Streck, o contrato social que descortina o constitucionalismo programático-compromissário-dirigente possui nítido caráter hermenêutico. A legitimação da constituição por esse viés não estaria numa filosofia do sujeito de índole liberal-individualista³⁹,

mas assentada na subjetividade que não é instauradora de mundo⁴⁰; mundo que não pode ser compreendido a partir de deduções metafísicas como *fundamento último ou qualquer modelo de fundamentação objetivista* (A Constituição dirigente não pode ser entendida como fundamento último, como ressurreição da sociedade ou como *ultima ratio*), mas a partir de uma estrutura pré-compreensiva constituidora de sentido, onde o homem aparece “inserido em um mundo constituído a partir da linguagem, que lhe antecede (...) envolto em um complexo de significações, traduzidas pela linguagem, que o coloca no mundo e possibilita a compreensão do mundo.” É exatamente esse *modo-de-ser-no-mundo* que opera desde e sempre na nossa compreensão, “o que legitima qualquer discurso no contexto da subjetividade, intersubjetividade, diálogo, etc” e permite a explicitação formal-material do pacto fundador que se manifesta no mundo circundante como manifestação da própria condição existencial do ser humano, como um acontecer que emerge primariamente da nossa própria existência e sempre a ela remete.⁴¹ Por esse caminho, estamos convencidos: a filosofia não vem demasiado tarde! E arrematando o raciocínio, o mestre gaúcho escreve:

No paradigma que antecede à noção de Constituição programático-dirigente, o texto constitucional era entendido como uma terceira coisa que se interpunha entre o sujeito (da filosofia da consciência) e o objeto (a sociedade). A linguagem constituinte, da busca do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo, *pela exata razão de que, na tradição engendrada pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo produto de um constructo que estabelece, em um novo-modo-de-ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico-social*. Por isso, a Constituição que exsurge desse novo paradigma é

³⁷ STRECK, 2004, p. 114-145.

³⁸ Idem, p. 133-135, *passim*.

³⁹ “*calcado na filosofia do sujeito, na filosofia-do-sujeito-proprietário de mercadorias, com sua liberdade/capacidade de se “autodeterminar”*. A ideia de Constituição voltada para o resgate das promessas da modernidade, redefinitória, portanto, da noção de Direito até então vigorante, constitui-se como um contraponto a uma lógica da coisificação, própria do modelo de Direito sustentado no mercado, onde assume prevalência o individualismo. Esse individualismo (o indivíduo comporta-se como átomo jurídico-político) assenta-se na categoria “sujeito de direito”, na ideia de *homo juridicus* e *homo oeconomicus*, que se engendra a partir da fusão do paradigma liberal-individualista com o paradigma da filosofia da consciência. Pressupõe, pois, uma metafísica” (Idem, p. 122-123).

⁴⁰ “a crítica de Canotilho à filosofia do sujeito não é, como erroneamente se poderia supor, a crítica à *metafísica do sujeito* (objeto, por exemplo, de crítica pela ontologia fundamental de cariz hermenêutico), mas, sim, a uma “racionalidade cognitivo-instrumental”, pela qual o sujeito “cognocente” intervém na “ordem do mundo” (Habermas). Assim, quando Canotilho faz uma crítica à filosofia do sujeito, está se referindo a uma crítica à teoria da subjetividade ou do diálogo consensual (racionalidade comunicativa), na tradição frankfurtiana da teoria crítica. E nisso não discordo do professor lusitano.” (Idem, p. 124).

⁴¹ STRECK, 2004, p. 125-127, *passim*.

diferenciada, constituidora, dirigente e programática (mas não como receituário omnicomprensivo e totalizante, enfim, como fundamento último, no que concordo inteiramente com Canotilho), isto porque o Direito, nesta quadra, *assume uma nova feição*; não mais a proteção do indivíduo, enquanto mônada, pretensamente autônomo (espécie de Barão de Münchhausen), *mas, sim, a proteção e implementação dos direitos fundamentais-sociais até então* (e no Brasil de hoje) *sonogados pelo paradigma liberal-individualista-normativista*, o qual, como já explicitado, calca-se na filosofia do sujeito e na filosofia da consciência.⁴²

E Streck prossegue, confiante no seu projeto, assinalando que “a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante — o seu núcleo essencial-fundamental.” Ele não tem dúvida de que o art. 3º da Constituição brasileira projeta o núcleo de especificidade desvelador das promessas incumpridas da modernidade tardia, que conduz à força normativa da constituição⁴³ que se pretende preservar e que se desloca por caminho contrário ao percorrido pelas políticas neoliberais. “O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante.”⁴⁴

Para não concluir

Trabalhar a Constituição brasileira, de feição nitidamente dirigente-compromissária, impõe atenção redobrada a uma compreensão que se irradia sob duas considerações: a) o constitucionalismo dirigente periférico deve levar em conta o núcleo básico geral da Teoria da Constituição (a construção do Estado

Democrático de Direito sob o influxo do binômio *democracia – direitos humanos*) e b) a consideração do núcleo de especificidades peculiares à modernidade periférica e os elementos especificamente identificáveis a cada Estado.⁴⁵ A medida dessa compreensão deve encontrar-se alçada em um equilíbrio de tal maneira que a defesa das imposições constitucionais a partir do recorte de normas-fins e normas-tarefas não conduza ao *autismo nacionalista e patriótico*⁴⁶, da mesma forma que em nome do “novo contrato global” não se solape os direitos já conquistados e o desejo de inclusão dos povos periféricos.

A partir dessas considerações, assume relevância o problema do controle formal e material das políticas públicas. De fato, a consideração do núcleo básico da Constituição “implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins”, emergindo “a reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional”⁴⁷. A questão a ser colocada é saber se o Poder Judiciário pode atuar como mecanismo de controle e, nessa perspectiva, quais os limites que se impõe a essa atuação. O ativismo judicial, a partir dessa concepção, fica para outra oportunidade. Gostaríamos de assentar, contudo e desde já, que divisar a atuação da jurisdição constitucional em defesa do constitucionalismo dirigente não implica desconsiderar “outras formas de direção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subsidiariedade*, isto é, modelo de autodireção social estamentalmente garantidos até aos *modelos neocorporativos* passando pelas formas de *delegação* conducente a regulações descentradas e descentralizadas.”⁴⁸ Dito de outra maneira, confiar no constitucionalismo dirigente não implica olvidar a existência de outros pólos nômicos de escolha de conteúdos e definição de procedimentos na emergência de movimentos e mobilizações sociais — isso já assentamos aqui, mais de uma vez — todavia, na experiência periférica, mais especificamente na brasileira, a partir da qual deslocamos nossas preocupações, se o caminho é conformar a atuação a fim de resgatar o cumprimento das promessas constitucionais, o recurso ao Poder Judiciário não pode ser relegado.

⁴² Idem, p. 127.

⁴³ No sentido tomado por Hesse que vê as possibilidades e limites da força normativa da constituição atreladas à sua historicidade, faticidade e finitude, de modo que o elemento normativo permita a conformação da realidade política e social (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991, fl. 24) como contraponto às ideias de Lassalle, que limitava a capacidade normativa da constituição à compatibilidade com uma constituição real que se identifica com os fatores reais e efetivos de poder político, econômico, militar, sociológico, etc, cujo confronto se revelava em detrimento da constituição escrita, que se viria reduzida a uma *folha de papel* (LASSALLE, 1988, p. 25).

⁴⁴ STRECK, 2004, p. 139-141, *passim*.

⁴⁵ Idem, p. 134.

⁴⁶ CANOTILHO, 1996, p. 15.

⁴⁷ STRECK, 2004, p. 141.

⁴⁸ CANOTILHO, 1996, p. 9.

Ao lado da *flexibilização participativa*, a atuação pelo próprio Estado apropria “à jurisdição a tarefa gloriosa de responder satisfatoriamente às pretensões deduzidas em juízo que buscam ver materializados aqueles conteúdos” e deve ser exercida de modo a “tirar o proveito possível dos conteúdos e procedimentos constitucionais positivados”⁴⁹, ou projetados a partir de sua metanarratividade. Aos vinte anos de vigência do Texto, é preciso (re)pensar o caminho que devemos seguir...

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição brasileira*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição”. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BÖKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1994.

_____. *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n. 15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht*. Köln, 1961.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. _____. *El Derecho de la Sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. “A Restituição do Décimo Segundo Camelo: Do sentido de uma análise sociológica do direito”. In: ARNAUD, André-Jean e LOPES JR, Dalmy (Orgs.). *Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “Ação Afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica”. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, n. 131. Brasília: Senado Federal, jul./set. 1996.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “Teoria Constitucional, Democracia e Igualdade”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁴⁹ BOLZAN DE MORAIS, 2002, p. 72 e 95.